

# VU Research Portal

## Harmonisatie van het strafrecht in de context van de Eerste Pijler

Borgers, M.J.

### ***published in***

Delikt en Delinkwent  
2006

### ***document version***

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Borgers, M. J. (2006). Harmonisatie van het strafrecht in de context van de Eerste Pijler. *Delikt en Delinkwent*, 76-99.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

M.J. Borgers\*

## 7 Harmonisatie van het strafrecht in de context van de Eerste Pijler\*\*

---

7.1 HvJ EG 13 september 2005, zaak C-176/03 (Commissie/Raad)

‘38. Krachtens artikel 47 EU kan aan geen enkele bepaling van het EG-Verdrag afbreuk worden gedaan door een bepaling van het Verdrag betreffende de Europese Unie. Hetzelfde vereiste is eveneens neergelegd in de eerste alinea van artikel 29 EU, dat de inleiding vormt van titel VI van het Verdrag.

39. Het Hof dient erop toe te zien dat de handelingen waarvan de Raad stelt dat zij onder titel VI vallen, geen inbreuk maken op de bevoegdheden die de bepalingen van het EG-Verdrag aan de Gemeenschap toekennen (zie arrest van 12 mei 1998, Commissie/Raad, C-170/96, Jurispr. blz. I-2763, punt 16).

40. Er moet dan ook worden nagegaan of de artikelen 1 tot en met 7 van het kaderbesluit geen inbreuk maken op de bevoegdheid die de Gemeenschap ontleent aan artikel 175 EG doordat zij, zoals de Commissie betoogt, op grond van die bepaling hadden kunnen worden vastgesteld.

41. Vaststaat dat de bescherming van het milieu een van de wezenlijke doelstellingen van de Gemeenschap is (zie arresten van 7 februari 1985, ADBHU, 240/83, Jurispr. blz. 531, punt 13; 20 september 1988, Commissie/Denemarken, 302/86, Jurispr. blz. 4607, punt 8, en 2 april 1998, Outokumpu, C-213/96, Jurispr. blz. I-1777, punt 32). (...)

(...)<sup>1</sup>

---

\* UHD straf(proces)recht Universiteit van Tilburg.

\*\* Citeerwijze: M.J. Borgers, ‘Harmonisatie van het strafrecht in de context van de Eerste Pijler’, rubriek Rechtspraak DD 2006, 7. De opgenomen jurisprudentie kan met eigen nummer worden aangehaald.

1 In de hier weggelaten overwegingen onderbouwt het HvJ EG uitvoerig op welke wijze de bescherming van het milieu als één van de wezenlijke doelstellingen van de Gemeenschap in het EG-Verdrag tot uitdrukking komt. Daarbij wordt gerefereerd aan artikel 3, 6 en 174-176 EG-Verdrag.

45. Verder zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak van het Hof de keuze van de rechtsgrondslag van een gemeenschapshandeling moet berusten op objectieve gegevens, die voor rechterlijke toetsing vatbaar zijn. Tot die gegevens behoren met name het doel en de inhoud van de handeling (zie arresten van 11 juni 1991, Commissie/Raad, “Titaandioxide”, C-300/89, Jurispr. blz. I-2867, punt 10, en 19 september 2002, Huber, C-336/00, Jurispr. blz. I-7699, punt 30).

46. Wat de doelstelling van het kaderbesluit betreft, blijkt zowel uit het opschrift als uit de eerste drie overwegingen ervan dat het strekt tot bescherming van het milieu. Verontrust “over het toenemende aantal milieudelicten en de gevolgen ervan, die steeds vaker de grenzen overschrijden van de staten waar de delicten plaatsvinden”, heeft de Raad, na te hebben vastgesteld dat deze delicten “een bedreiging voor het milieu” vormen en “een probleem waarmee alle lidstaten geconfronteerd worden”, het noodzakelijk geacht dat hiertegen “krachtig” en “gezamenlijk [wordt opgetreden] om het milieu door middel van het strafrecht te beschermen”.

47. Wat de inhoud van het kaderbesluit betreft, stelt artikel 2 een lijst op met voor het milieu bijzonder schadelijke handelingen die door de lidstaten met strafrechtelijke sancties moeten worden bestraft. De artikelen 2 tot en met 7 van dit besluit leiden stellig tot een gedeeltelijke harmonisatie van de strafrechtelijke bepalingen van de lidstaten, in het bijzonder wat de bestanddelen van de verschillende strafbare feiten op milieugebied betreft. Het strafrecht en het strafprocesrecht behoren in beginsel echter niet tot de bevoegdheid van de Gemeenschap (zie in die zin arresten van 11 november 1981, Casati, 203/80, Jurispr. blz. 2595, punt 27, en 16 juni 1998, Lemmens, C-226/97, Jurispr. blz. I-3711, punt 19).

48. Deze laatste vaststelling kan de gemeenschapswetgever evenwel niet beletten om, wanneer het gebruik van doeltreffende, evenredige en afschrikkende straffen door de bevoegde nationale instanties een onontbeerlijke maatregel is in de strijd tegen ernstige aantastingen van het milieu, maatregelen te nemen die verband houden met het strafrecht van de lidstaten en die hij noodzakelijk acht om de volledige doeltreffendheid van de door hem inzake milieubescherming vastgestelde normen te verzekeren.

49. Hieraan moet worden toegevoegd dat hoewel de artikelen 1 tot en met 7 van het kaderbesluit de strafbaarstelling van bepaalde voor het milieu bijzonder schadelijke handelingen regelen, deze artikelen aan de lidstaten de keuze van de toepasselijke strafrechtelijke sancties laten, welke evenwel in overeenstemming met het bepaalde in artikel 5, lid 1, van dit besluit doeltreffend, evenredig en afschrikkend moeten zijn.

50. De Raad betwist niet dat tot de in artikel 2 van het kaderbesluit genoemde handelingen inbreuken op talrijke, in de bijlage bij het richtlijnvoorstel opgesomde gemeenschapshandelingen behoren. Overigens volgt uit de eerste drie overwegingen van dit besluit dat de Raad van mening was dat strafrechtelijke sancties onontbeerlijk zijn in de strijd tegen ernstige aantastingen van het milieu.

51. Uit het voorgaande volgt dat de artikelen 1 tot en met 7 van het kaderbesluit wegens het doel en de inhoud ervan, de bescherming van het milieu als hoofddoel hebben en hadden kunnen worden vastgesteld op de grondslag van artikel 175 EG.

52. De omstandigheid dat de artikelen 135 EG en 280, lid 4, EG in het kader van de douanesamenwerking en de strijd tegen de aantasting van de financiële belangen van de Gemeenschap de toepassing van het nationale strafrecht en de rechtsbedeling aan de lidstaten voorbehouden, doet aan deze conclusie niet af. Uit deze bepalingen kan immers niet worden afgeleid dat in het kader van de tenuitvoerlegging van het milieubeleid iedere, zelfs een zo beperkte strafrechtelijke harmonisatie als die welke voortvloeit uit het kaderbesluit, moet worden uitgesloten, hoe noodzakelijk deze ook moge zijn om de doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht te verzekeren.

53. Nu het kaderbesluit inbreuk maakt op de bevoegdheden die artikel 175 EG toekent aan de Gemeenschap, is het wegens zijn ondeelbare karakter derhalve in zijn geheel in strijd met artikel 47 EU.

54. Het argument van de Commissie dat het kaderbesluit hoe dan ook gedeeltelijk nietig zou moeten worden verklaard voorzover de artikelen 5, lid 2, 6 en 7 de lidstaten vrijlaten om ook te voorzien in andere dan strafrechtelijke sancties, of te kiezen tussen strafrechtelijke en andere sancties, wat ontegensprekelijk tot de bevoegdheid van de Gemeenschap zou behoren, behoeft dan ook niet te worden onderzocht.

55. Uit een en ander volgt dat het kaderbesluit nietig moet worden verklaard.’

---

## Inleiding

1. Voor de tweede maal in korte tijd heeft het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ EG of Hof) een *landmark decision* gewezen op het terrein van het Europese strafrecht. Op 16 juni 2005 heeft het Hof in de zaak-*Pupino* de verplichting voor de nationale rechter tot kaderbesluitconforme interpretatie aanvaard.<sup>2</sup> In de hierboven weergegeven uitspraak van 13 september 2005 komt het Hof tot het oordeel dat het EG-Verdrag in sommige situaties ruimte biedt om de lidstaten voor te schrijven bepaalde gedragingen in de nationale wetgeving strafbaar te stellen en (dus) met strafrechtelijke sancties te bedreigen. Het Hof erkent hiermee een bevoegdheid van de Gemeenschap die lange tijd omstreden is geweest. Veelal wordt aangenomen dat uitsluitend binnen de zogeheten Derde Pijler – dat wil zeggen: op grond van de bepalingen in (titel VI van) het EU-Verdrag over politieke en justitiële samenwerking in strafzaken – kan worden overgegaan tot (directe of rechtstreekse) harmonisatie van het strafrecht.<sup>3</sup> Het Hof oordeelt daar

2 HvJ EG 16 juni 2005, zaak C-105/03. Zie daarover uitvoerig F.G.H. Kristen & J.B.H.M. Simmelink, ‘Europese integratie door de rechter: kaderbesluitconforme interpretatie’, *DD* 2005, p. 1058-1078.

3 Harmonisatie vindt direct of rechtstreeks plaats doordat Europese normen verplichtingen voor de nationale wetgever inhouden om bepaalde gedragingen strafbaar te stellen, teneinde een minimumharmonisatie ten aanzien van de bestanddelen van strafbare feiten en ten aanzien van straffen te bereiken. Daardoor kunnen lidstaten genoopt zijn reeds bestaande nationale voorschriften aan te passen dan wel nieuwe voorschriften te introduceren. Harmonisatie vindt daarnaast in-

→

echter anders over: in bepaalde gevallen heeft juist de Gemeenschap de bevoegdheid tot harmonisatie en deze bevoegdheid mag niet worden gefrustreerd door het aannemen van een kaderbesluit binnen de Derde Pijler. Om die reden verklaart het Hof het kaderbesluit inzake de bescherming van het milieu door middel van het strafrecht nietig.<sup>4</sup>

In deze rubriek schets ik allereerst de achtergronden van de uitspraak van het Hof. Langs welke lijnen is tot nu toe de discussie verlopen over de bevoegdheid van de Gemeenschap om in een richtlijn strafrechtelijke maatregelen te treffen? Vervolgens wordt het oordeel van het Hof besproken en becommentarieerd. Tot slot sta ik stil bij enkele vraagpunten die, naast alle duidelijkheid die het Hof verschaft, resteren of juist door de uitspraak worden opgeroepen.

### Achtergronden en standpunten

2. De uitspraak van het Hof maakt een (voorlopig)<sup>5</sup> einde aan een conflict tussen enerzijds de Europese Commissie en het Europees Parlement en anderzijds de Raad over de wijze waarop het milieustrafrecht in Europa moet worden geharmoniseerd. In een notendop ligt het volgende aan dit conflict ten grondslag.<sup>6</sup> Op initiatief van Denemarken wordt begin 2000 een ontwerp voor een *kaderbesluit* ter bestrijding van ernstige milieucriminaliteit gepubliceerd.<sup>7</sup> De rechtsgrondslag voor dit ontwerp-kaderbesluit wordt gevonden in artikel 31 en 34 EU-Verdrag. In de kern houdt het ontwerp in dat ernstige milieucriminaliteit op een effectieve, evenredige en afschrikwekkende wijze moet kunnen worden vervolgd en dat daartoe onder andere moet worden voorzien in de strafbaarstelling van een ruime hoeveelheid gedragingen die schadelijk zijn voor het milieu. Conform artikel 39 lid 1 EU-Verdrag wordt het voorstel ter advisering aan het Parlement voorgelegd, hetgeen leidt tot

direct plaats doordat Europese regelgeving ertoe dwingt bepaald gedrag *niet* strafbaar te stellen (negatief effect) en doordat Europese regelgeving lidstaten verplicht bepaald gedrag te verbieden en de lidstaten op eigen initiatief of op grond van het assimilatiebeginsel de betreffende verbodsnormen strafrechtelijk handhaven (positief effect). Vgl. hieromtrent nader G. Corstens & J. Pradel, *Het Europese strafrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 441 (negatief en positief effect), 485-487 (assimilatiebeginsel), 493 (nationale methode).

4 Kaderbesluit 2003/80/JBZ van 27 januari 2003, *PbEU* 2003, L 29/55.

5 Voorlopig, want de uitspraak biedt niet op alle onderdelen helderheid. Zie nr. 10.

6 Zie voor een uitvoerige weergave F. Comte, 'Criminal Environmental Law and Community Competence', *European Environmental Law Review* 2003, p. 147-156.

7 *PbEG* 2000, C 39/4.

8 Daarnaast omvat het ontwerp, evenals de definitieve versie, ook bepalingen met betrekking tot rechtsmacht, uitlevering en vervolging. De rechtsgrondslag voor deze bepalingen wordt niet bestreden door Commissie en Parlement.

een overwegend gunstig advies.<sup>9</sup> In maart 2001 bereikt de Raad een voorlopig akkoord over het voorgestelde kaderbesluit.<sup>10</sup> In dezelfde maand dient de Commissie een voorstel in voor een *richtlijn* inzake milieubescherming door het strafrecht, waarbij zij als rechtsgrondslag artikel 175 lid 1 EG-Verdrag aanwijst.<sup>11</sup> Evenals het ontwerp-kaderbesluit behelst de voorgestelde richtlijn de verplichting voor lidstaten om een ruime reeks van milieubelastende gedragingen strafbaar te stellen, onder dreiging van doeltreffende, evenredige en afschrikkende (strafrechtelijke) straffen, zij het dat deze verplichting inhoudelijk wel anders wordt vormgegeven dan in het ontwerp-kaderbesluit. De Commissie ziet aanleiding om met een voorstel voor een richtlijn te komen, omdat – zoals hierna in nr. 4 nader zal worden toegelicht – naar haar mening de grondslag voor het voorschrijven van strafrechtelijke maatregelen in het EG-Verdrag moet worden gevonden. Dit blokkeert tegelijkertijd de mogelijkheid, aldus de Commissie, om terzake van hetzelfde onderwerp een kaderbesluit in het leven te roepen.

De indiening van het voorstel voor een richtlijn leidt ertoe dat de Raad de inhoud van het voorgestelde kaderbesluit wijzigt en de vormgeving van de verplichting tot strafbaarstelling meer in lijn brengt met de daarvoor in de ontwerp-richtlijn gekozen systematiek. Het gewijzigde voorstel voor het kaderbesluit wordt (opnieuw) aan het Parlement ter advisering voorgelegd. Het Parlement komt vervolgens niet alleen met een advies over dit gewijzigde voorstel, maar ook – op grond van artikel (175 lid 1 jo.) 251 lid 2 EG-Verdrag – met een standpuntbepaling over de door de Commissie voorgestelde richtlijn.<sup>12</sup> Het Parlement stelt zich op het standpunt dat de verplichting tot het strafbaarstellen van gedragingen en het hanteren van strafrechtelijke sancties in een richtlijn – en niet in een kaderbesluit – moet worden opgenomen.<sup>13</sup>

9 Zie het verslag van de Commissie vrijheden en rechten van de burger, justitie en binnenlandse zaken, *PE DOC A5-0178/2000*, in samenhang met *Bulletin EU* 7/8-2000, punt 1.4.17.

10 Zie de notulen van de 2337e zitting van de Raad voor Justitie, Binnenlandse Zaken en Civiele Bescherming, Brussel 15 en 16 maart 2001.

11 *PbEG* C 180 E/238.

12 Zie het verslag van de Commissie vrijheden en rechten van de burger, justitie en binnenlandse zaken, *PE DOC A5-0080/2002*, in samenhang met *Bulletin EU* 4-2002, punt 1.4.54, respectievelijk het verslag van de Commissie milieubeheer, volksgezondheid en consumentenbeleid, *PE DOC A5-0099/2002*, in samenhang met *Bulletin EU* 4-2002, punt 1.4.53.

13 Zie ook de aanbeveling van het Europees Parlement inzake strafmaatregelen en Gemeenschapsrecht, goedgekeurd op 15 november 2001, *PE DOC B5-0707/2001*. In deze aanbeveling komt als wens naar voren dat (op de voet van artikel 42 EU-Verdrag) de bepalingen betreffende de justitiële samenwerking van het EU-Verdrag naar de Eerste Pijler worden overgeheveld. Tevens wordt de Raad met klem verzocht zich te onthouden van maatregelen inzake milieucriminaliteit alvorens het richtlijnvoorstel wordt aangenomen. Vgl. voorts het verslag van de Commissie juridische zaken en interne markt over de rechtsgrondslagen en naleving van het Gemeenschapsrecht, *PE DOC A5-0180/2003*, p. 11.

Nadat de Commissie het richtlijnvoorstel naar aanleiding van amendementen van het Parlement heeft aangepast,<sup>14</sup> wordt het aan de Raad gezonden, met de bedoeling dat de Raad – in het kader van de zogeheten co-decisie-procedure van artikel (175 lid 1 jo.) 251 EG-Verdrag – met gekwalificeerde meerderheid een beslissing neemt over het al dan niet aanvaarden van het voorstel. De Raad laat het nemen van deze beslissing echter achterwege. In plaats daarvan wordt op 27 januari 2003 het kaderbesluit aangenomen, met als definitieve titel: kaderbesluit inzake de bescherming van het milieu door middel van het strafrecht (hierna ook: kaderbesluit milieustrafrecht).<sup>15</sup> Dat vormt de aanleiding voor de Commissie om op de voet van artikel 35 lid 6 EU-Verdrag beroep in te stellen bij het Hof teneinde de wettigheid van het kaderbesluit aan te vechten.<sup>16</sup>

3. Op grond van de openbare raadsdocumenten is het nauwelijks mogelijk om de argumenten van de Raad te ontwaren om de verplichting tot strafbaarstelling in een kaderbesluit op te nemen, en niet in een richtlijn. Het is niettemin aannemelijk dat het belangrijkste argument daarvoor luidt dat het EG-Verdrag niet de bevoegdheid verschaft – expliciet of impliciet – om in een richtlijn de toepassing van het strafrecht – of meer nauwkeurig gezegd: strafbaarstellingen en sanctiebepalingen – voor te schrijven. Voor zover harmonisatie van het recht van de lidstaten op het terrein van het strafrecht wordt beoogd, zal toepassing moeten worden gegeven aan de daartoe bestemde Derde Pijler-bevoegdheid van artikel 31 lid 1 sub e EU-Verdrag en dus gebruik moeten worden gemaakt van een kaderbesluit.<sup>17</sup> Dat de Raad zich van dit argument bedient, kan aan de hand van diverse voorbeelden worden geïllustreerd.<sup>18</sup> Er zijn in het (recente) verleden verschillende voorstellen gedaan, veelal uitgaande van de Commissie, voor richtlijnen waarin op de één of andere wijze strafbaarstellingen (al dan niet in combinatie met

<sup>14</sup> COM(2002)544, *PbEG* 2003, C 20 E/284.

<sup>15</sup> *Bulletin EU* 1/2-2003, punt 1.4.54. In de notulen van de desbetreffende zitting van de Raad laat de Commissie een verklaring met haar bezwaren tegen het kaderbesluit opnemen. Zie raadsdocument 13743/02.

<sup>16</sup> Comte 2003, p. 152, stelt dat het beroep mede gegrond kan worden op artikel 230 EG-Verdrag, omdat de actie van de Commissie in essentie berust op de stelling dat het Gemeenschapsrecht is geschonden. R.H. van Ooik, *De keuze der rechtsgrondslag voor besluiten van de Europese Unie*, Deventer: Kluwer 1999, p. 408, gaat een stap verder en stelt dat een beroep dat ertoe strekt dat van een Eerste Pijler-rechtsinstrument gebruik had moeten worden gemaakt, juist op artikel 230 EG-Verdrag moet worden geschoeid. In de uitspraak van het Hof wordt alleen aan artikel 35 EU-Verdrag gerefereerd.

<sup>17</sup> Vgl. ook artikel 34 lid 2 sub b EU-Verdrag.

<sup>18</sup> Vgl. bijvoorbeeld de verklaring die de Raad heeft doen opnemen bij de (nieuwe) richtlijn witwassen en financiering van terrorisme, ten aanzien van het begrip 'penalties' in de Engelse taalversie van de richtlijn. Blijkens de verklaring refereert het begrip niet specifiek aan strafrechtelijke sancties. Zie raadsdocument 11443/05.

specifieke sanctiebepalingen) worden voorgeschreven.<sup>19</sup> Voor zover deze voorstellen tot een definitieve richtlijn hebben geleid, geldt dat in de definitieve versie de betreffende voorschriften zijn afgezwakt tot een verplichting om bepaald gedrag te verbieden of met sancties te bedreigen, zonder daarbij (dwingend)<sup>20</sup> het type verbodsnorm of de specifieke aard van de sancties voor te schrijven.<sup>21</sup> In drie gevallen wordt de neutrale verbodsnorm uit de richtlijn in een kaderbesluit nader uitgewerkt tot een verplichting tot strafbaarstelling.<sup>22</sup>

4. De Commissie brengt in het wetgevingsproces ten aanzien van de hiervoor bedoelde richtlijnvoorstellen diverse argumenten naar voren om binnen de Eerste Pijler de toepassing van het strafrecht voor te schrijven.<sup>23</sup> Het daarbij

19 Het gaat om: het ontwerp van de (eerste) richtlijn witwassen, COM(1990)106, COM(1990)593, het ontwerp van de richtlijn tot omschrijving van de hulp bij illegale binnenkomst, illegaal verkeer en illegaal verblijf, *PbEG* 2000, C 253/1, het ontwerp van de richtlijn strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap, COM(2001)272, het ontwerp van de richtlijn marktmisbruik, COM(2001)281, het ontwerp van de richtlijn handhaving intellectuele eigendomsrechten, COM(2003)46, het ontwerp van de richtlijn verontreiniging vanaf schepen en invoering van sancties, inclusief strafrechtelijke sancties, voor milieumisdrijven, COM(2003)92, en het ontwerp van de nieuwe richtlijn witwassen en financiering van terrorisme, COM(2004)448. Zie omtrent de voorstellen van strafrechtelijke aard ten aanzien van het ontwerp van de richtlijn transacties van ingewijden: F.G.H. Kristen, *Misbruik van voorwetenschap naar Europees recht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004, p. 205-206.

20 In enkele gevallen wordt wel expliciet de mogelijkheid van het toepassen van strafrechtelijke sancties opgehouden.

21 Zie artikel 13 richtlijn transacties van ingewijden, *PbEG* 1989, L 334/40, artikel 2 richtlijn witwassen, *PbEG* 1991, L 166/177, artikel 1 richtlijn hulpverlening bij illegale binnenkomst, doortocht en verblijf, *PbEG* L 328/17, artikel 14 richtlijn marktmisbruik, *PbEU* 2003, L 96/16, artikel 16 richtlijn handhaving intellectuele eigendomsrechten, *PbEU* 2004, L 195/16, artikel 4 richtlijn verontreiniging vanaf schepen, *PbEU* 2005, L 255/11, en artikel 1 en 39 van de op 26 oktober 2005 tot stand gekomen richtlijn witwassen en financiering van terrorisme, raadsdocument PE-CONS 3631/5/05.

22 Zie kaderbesluit witwassen, *PbEG* 2001, L 182/1, kaderbesluit hulpverlening bij illegale binnenkomst, doortocht en verblijf, *PbEG* 2002, L 328/1, en kaderbesluit verontreiniging vanaf schepen, *PbEU* 2005, L 255/164. Daarnaast hangt het kaderbesluit eurovalsmunterij, *PbEG* 2000, L 140/1, samen met verordening 974/98 over de invoering van de euro, *PbEG* 1998, L 139/1.

23 Zie vooral Commission Staff Working Paper 'Establishment of an *acquis* on criminal sanctions against environmental offences', SEC(2001)227, Commission Staff Working Paper 'Position concerning the legal base of the French initiative with a view to the adoption of a Council Directive defining the facilitation of unauthorised entry, movement and residence, and the adoption of a Council Framework Decision on the strengthening of the penal framework to prevent the facilitation of unauthorised entry and residence', SEC(2001)727, alsmede Commission Staff Working Paper 'Legal reasoning for not referring to the concept of "public incitement to discrimination" in the Commission's proposal for a Council

→



naar voren komende argumentatiepatroon laat zich als volgt schetsen. Vooropgesteld wordt dat op grond van artikel 47 EU-Verdrag de bepalingen van het EU-Verdrag geen afbreuk doen aan het EG-Verdrag. Dat brengt met zich dat aan de bepalingen van het EG-Verdrag voorrang moet worden gegeven en dat van de Derde Pijler-bevoegdheden geen gebruik mag worden gemaakt indien het beoogde resultaat op grond van het EG-Verdrag kan worden bereikt.<sup>24</sup> Op de terreinen waarop de Gemeenschap bevoegd is om op te treden, kan gedrag worden gereguleerd en kan worden voorgeschreven dat de niet-naleving met de oplegging van sancties wordt bedreigd. Tot die sancties behoren – aldus nog steeds de Commissie – ook strafrechtelijke sancties, mits het voorschrijven van strafrechtelijke sancties, tezamen met de daarbij behorende verbodsnormen (delictsomschrijvingen), noodzakelijk is voor het bereiken van de doelstellingen van de Gemeenschap. In dat geval mag op grond van artikel 10 EG-Verdrag – het beginsel van gemeenschaps-trouw – worden verlangd dat de lidstaten strafrechtelijke maatregelen treffen. De harmonisatiebevoegdheid van de Derde Pijler, waarbij minimum-normen worden gesteld met betrekking tot de bestanddelen van strafbare feiten en met betrekking tot straffen, kan derhalve alleen worden toegepast, voor zover de betreffende harmonisatie geen betrekking heeft op het communautaire *acquis*.<sup>25</sup> Is dat wel het geval, dan kunnen de overige bevoegdheden uit de Derde Pijler die gericht zijn op de verbetering van de justitiële samenwerking, hooguit aanvullend worden toegepast.<sup>26</sup>

Framework Decision on combating racism and xenophobia', SEC(2002)375, en voorts de toelichtingen op het ontwerp van de richtlijn inzake milieubescherming door het strafrecht, COM(2001)76, p. 2-3, het ontwerp van de richtlijn strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap, COM(2001)272, p. 5-6, het ontwerp van de richtlijn marktmisbruik, COM(2001)282, p. 11, het ontwerp van de richtlijn handhaving intellectuele eigendomsrechten, COM(2003)46, p. 18-19, en het ontwerp van de richtlijn verontreiniging van schepen en invoering van sancties, inclusief strafrechtelijke sancties, voor milieumisdrijven, COM(2003)92, p. 5-6. Vgl. ten aanzien van het ontwerp van de (eerste) richtlijn witwassen: B.J. Drijber, 'EEG-richtlijn inzake het witwassen van geld vastgesteld', *TVVS* 1991, p. 294, en C.D. Schaap, *Heling getoetst*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 198-201.

24 In Commission Staff Working Paper SEC(2001)227, p. 7, tot uitdrukking gebracht met het adagium: 'what can be done within the first pillar, shall be done therein'. Vgl. voorts HvJ EG 12 mei 1998, zaak C-170/96, *Jur.* 1998, p. I-2763, r.o. 16-17 (Commissie/Raad).

25 Daarnaast is vereist dat de harmonisatie betrekking heeft op één van de in artikel 31 lid 1 sub e EU-Verdrag genoemde gebieden: georganiseerde criminaliteit, terrorisme of illegale drugshandel. Of deze opsomming in het licht van artikel 29 EU-Verdrag (enigszins) ruimer mag worden gelezen, is niet duidelijk. De Raad lijkt daar wel van uit te gaan, gelet op de concrete voorschriften die op deze rechtsgrondslag zijn getroffen. Vgl. ook de conclusie van A-G Ruiz-Jarabo Colomer (voetnoot 15 bij onderdeel 26) voor de hier besproken uitspraak van het Hof.

26 Vgl. de vormen van gezamenlijk optreden inzake justitiële samenwerking in strafzaken zoals genoemd in artikel 31 lid 1 sub a-d EU-Verdrag.

De Commissie zoekt voor haar standpunt steun in de rechtspraak van het Hof. Waar het vaste rechtspraak van het Hof is dat ‘(...) het strafrecht in beginsel tot de bevoegdheden van de lidstaten behoort (...)’<sup>27</sup> en dat dus de keuze voor strafrechtelijke handhaving in beginsel aan de lidstaten is,<sup>28</sup> beroept de Commissie zich juist op uitspraken die betrekking hebben op de uitzonderingen op dit uitgangspunt. Het gaat daarbij om rechtspraak die invulling geeft aan het beginsel van gemeenschapstrouw. Wanneer een gemeenschapsregeling geen specifieke strafbepaling voorschrijft, zijn lidstaten op grond van (het huidige) artikel 10 EG-Verdrag verplicht alle passende maatregelen te nemen om de naleving van het gemeenschapsrecht te verzekeren. Dat houdt, aldus het Hof, in dat overtredingen van het gemeenschapsrecht onder gelijke voorwaarden worden bestraft als vergelijkbare en even ernstige overtredingen van het nationale recht. De sancties die worden getroffen, moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn.<sup>29</sup> De maatregelen die aldus worden genomen, kunnen naar het oordeel van het Hof ook strafrechtelijke sancties inhouden, wanneer de gemeenschapsregeling uitsluitend voorziet in civielrechtelijke sancties.<sup>30</sup> In de rechtspraak van het Hof zijn voor het overige geen concrete verplichtingen tot het treffen van strafrechtelijke maatregelen geformuleerd, al wordt in een enkele uitspraak wel terloops aan het strafrecht gerefereerd.<sup>31</sup> Van de zijde van de Commissie wordt er tot slot op gewezen dat voor het overige uit de rechtspraak van het Hof geen beletselen voor het treffen van strafrechtelijke maatregelen op basis van een rechtsinstrument uit de Eerste Pijler voortvloeien.<sup>32</sup>

27 Zie onder andere HvJ EG 11 november 1981, zaak 203/80, *Jur.* 1981, p. 2592, r.o. 27 (Casati), HvJ EG 24 november 1998, zaak C-274/96, *Jur.* 1998, p. I-7637, r.o. 17 (Bickel e.a.), en HvJ EG 19 januari 1999, zaak C-348/96, *Jur.* 1999, p. I-11, r.o. 17 (Calfa).

28 HvJ EG 2 februari 1977, zaak 50/76, *Jur.* 1977, p. 137, r.o. 32-33 (Amsterdam Bulb).

29 Aldus het Hof in de Griekse maïszaak, HvJ EG 30 juni 1989, zaak 68/88, *Jur.* 1989, p. 2965, r.o. 24 (Commissie/Griekenland). Zie ook HvJ EG 10 juli 1990, zaak C-326/88, *Jur.* 1990, p. I-2911, r.o. 17 (Hansen) en HvJ EG 13 juli 1990, zaak C-2/88, *Jur.* 1990, p. I-3365, r.o. 17 (Zwartevelde).

30 HvJ EG 8 juli 1999, zaak C-186/98, *Jur.* 1999, p. I-4883, r.o. 14 (Nunes & De Matos). Vgl. ook HvJ EG 13 juli 1990, zaak C-2/88, *Jur.* 1990, p. I-3365, r.o. 17 (Zwartevelde).

31 Zie HvJ EG 28 januari 1999, zaak C-77/97, *Jur.* 1999, p. I-431, r.o. 36 (Österreichische Unilever), waarin het Hof naar aanleiding van een prejudiciële vraag die overigens niets van doen heeft met het strafrecht, overweegt dat de lidstaten op grond van cosmeticarichtlijn 76/768/EEG moeten voorschrijven dat een bepaalde vorm van reclame ‘een – in het bijzonder strafrechtelijke – overtreding’ vormt waarop sancties met een afschrikkende werking staan.

32 In de in noot 23 genoemde Commission Staff Working Papers SEC(2001)727 en SEC(2002)375 wordt hierbij gerefereerd aan HvJ EG 12 december 1989, zaak C-265/88, *Jur.* 1989, p. 4209, r.o. 14 (Messner), en HvJ EG 27 maart 1990, zaak C-9/89, *Jur.* 1990, p. I-1383, r.o. 29 (Spanje/Raad). In deze uitspraken wordt op de één of andere wijze gerefereerd aan de mogelijkheid tot het treffen van strafrecht-

→

5. Het standpunt van de Commissie, dat bijval heeft gekregen van het Parlement,<sup>33</sup> houdt niet louter verband met de uiteengezette interpretatie van de onderlinge verhouding tussen de rechtsgrondslagen van enerzijds het EG-Verdrag en anderzijds het EU-Verdrag. Er zijn ook enkele andere relevante verschillen aan te wijzen tussen de Eerste en Derde Pijler. Zo komt in de toelichting op het ontwerp van de richtlijn strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap als gezichtspunt naar voren dat bij het gebruik van een richtlijn de mechanismen van het EG-Verdrag met het oog op een juiste toepassing van het Gemeenschapsrecht kunnen worden benut.<sup>34</sup> Naast de mogelijkheid van het geven van prejudiciële uitleg door het Hof,<sup>35</sup> dient in het bijzonder te worden gedacht aan de bevoegdheid van de Commissie en de lidstaten om bij het Hof een inbreukprocedure aanhangig te maken wegens het niet-naleven van een krachtens het EG-Verdrag geldende verplichting, bijvoorbeeld in verband met een onjuiste implementatie van een richtlijn of het niet (voldoende) handhaven van de daaruit voortvloeiende voorschriften.<sup>36</sup> Dat het gezichtspunt van het controlemecha-

telijke maatregelen op basis van een gemeenschapsregeling. Anders dan in deze Commission Staff Working Papers wordt gesuggereerd, gaat het echter niet om een indirecte erkenning van de bevoegdheid van de Gemeenschap om in een gemeenschapsregeling strafbaarstellingen met bijbehorende strafrechtelijke sanctiebepalingen voor te schrijven. Datzelfde geldt ook ten aanzien van HvJ EG 1 februari 2001, zaak C-333/99, *Jur.* 2001, p. I-1025 (Commissie/Frankrijk), waarop – blijkens het verslag van de Commissie juridische zaken en interne markt over de rechtsgrondslagen en naleving van het Gemeenschapsrecht, *PE DOC A5-0180/2003*, p. 14 – een beroep wordt gedaan in het ‘geheime’ advies van de juridische dienst van de Raad (vgl. noot 41).

- 33 Zie Resolutie van het Europees Parlement over de rechtsgrondslagen en naleving van het Gemeenschapsrecht, *PE DOC P5\_TA(2003)0368*, onderdelen 3-7, het verslag van de Commissie juridische zaken en interne markt over de rechtsgrondslagen en naleving van het Gemeenschapsrecht, *PE DOC A5-0180/2003*, p. 12, het verslag van de Commissie vrijheden en rechten van de burger, justitie en binnenlandse zaken, *PE DOC A5-2000/315*, p. 19, in samenhang met *Bulletin EU* 1/2-2001, punt 1.4.3, en het verslag van de Commissie begrotingscontrole, *PE DOC A5-0390/2001*, p. 27-28, 33, 38-39, in samenhang met *Bulletin EU* 11-2001, punt 1.7.12. Het Parlement volgt hiermee het advies van haar eigen juridische dienst, zie het verslag van de Commissie juridische zaken en interne markt over de rechtsgrondslagen en naleving van het Gemeenschapsrecht, *PE DOC A5-0180/2003*, p. 14. Bij andere gelegenheden heeft het Parlement zich minder stelling uitgelaten. Vgl. het verslag van de Commissie juridische zaken en interne markt, *PE DOC A5-0468/2003*, p. 42, en het verslag van de Commissie burgerlijke vrijheden, justitie en binnenlandse zaken, *PE DOC A6-0137/2005*, p. 84.
- 34 COM(2001)272, p. 6.
- 35 Artikel 35 EU-Verdrag kent eveneens de mogelijkheid van prejudiciële uitleg, voor zover de lidstaten de betreffende bevoegdheid van het Hof hebben aanvaard.
- 36 Vgl. artikel 226-228 EG-Verdrag. Zie over deze consequenties van het verschil in rechtsgrondslag ook de conclusie van A-G Ruiz-Jarabo Colomer, onder 4, voor de hier besproken uitspraak van het Hof, en T.A.J.A. Vandamme, *The Invalid Directive*, Groningen: Europa Law Publishers 2005, p. 151-152. De A-G wijst ook

→

nisme juist naar voren komt in relatie tot de bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap hoeft geen verbazing te wekken. Het voorstel voor een richtlijn op dit terrein komt niet voort uit de behoefte nieuwe normen te stellen, maar uit onvrede over de implementatie van reeds in de Derde Pijler tot stand gekomen rechtsinstrumenten.<sup>37</sup> Door de normen uit die rechtsinstrumenten in een richtlijn neer te leggen is effectievere controle op de implementatie en handhaving mogelijk.<sup>38</sup>

Een ander gezichtspunt, dat de Commissie onbesproken laat, maar dat niet onbelangrijk is, betreft de wetgevingsprocedure ten aanzien van richtlijnen in vergelijking met die ten aanzien van kaderbesluiten.<sup>39</sup> Allereerst is van belang dat richtlijnen, voor zover deze zijn onderworpen aan de wetgevingsprocedure van artikel 251 EG-Verdrag, op basis van gekwalificeerde meerderheid tot stand komen, terwijl voor het aannemen van kaderbesluiten unanimiteit is vereist. Daarnaast bekleedt het Parlement in de Eerste Pijler – in de co-decisieprocedure van artikel 251 EG-Verdrag – de rol van medewetgever, terwijl het in de Derde Pijler slechts de positie van adviseur heeft.<sup>40</sup>

6. In de procedure over het kaderbesluit milieustrafrecht onderbouwt de Commissie haar verzoek om nietigverklaring langs de hiervoor uiteengezette lijnen.<sup>41</sup> De kernargumenten luiden – samengevat<sup>42</sup> – dat het doel en de in-

nog op het ontbreken van rechtstreekse werking bij kaderbesluiten, zoals dat wordt bepaald in de slotzin van artikel 34 lid 2 sub b *in fine* EU-Verdrag. Echter, in de zaak-*Pupino* lijkt het Hof geen betekenis te willen toekennen aan die slotzin, althans niet in relatie tot de plicht tot kaderbesluitconforme interpretatie. Zie daarover Kristen & Simmelink 2005, p. 1068-1069.

37 Het gaat om de Overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, *PbEG* 1995, C 316/49, en de daarbij behorende Protocollen, *PbEG* 1996, C 313/2, *PbEG* 1997, C 151/2, en *PbEG* 1997, C 221/12.

38 De onvrede van de Commissie komt tot uitdrukking in de toelichting op het richtlijnvoorstel, COM(2001)272, p. 2-4, en in het verslag van de Commissie over de tenuitvoerlegging van de in de vorige noot genoemde rechtsinstrumenten, COM(2004)709.

39 Zie artikel 251 EG-Verdrag resp. artikel 34 en 39 EU-Verdrag.

40 Dit wordt ook aangestipt in het verslag van de Commissie vrijheden en rechten van de burger, justitie en binnenlandse zaken, *PE DOC A5-2000/315*, p. 19.

41 Het Parlement heeft het verzoek van de Commissie ondersteund. Vgl. r.o. 25 van de uitspraak van het Hof. Opmerking verdient dat het standpunt van de Commissie eerder ook bijval heeft gekregen van de juridische dienst van de Raad. Het betreffende advies is niet openbaar, maar de strekking ervan is kenbaar uit onder andere het verslag van de Commissie juridische zaken en interne markt over de rechtsgrondslagen en naleving van het Gemeenschapsrecht, *PE DOC A5-0180/2003*, p. 13-14, en Comte 2003, p. 150.

42 Zie nader de opsomming van de argumenten in de uitspraak van het Hof, r.o. 18-24. Vgl. voorts de weergave van het beroepschrift in *PbEU* 2003, C 135/21, alsmede de uitvoerige bespreking van het Commissiestandpunt door Comte 2003, p. 152-156.

houd van het kaderbesluit onder het bereik van de communautaire bevoegdheden, in het bijzonder artikel 3 en 174-176 EG-Verdrag, vallen en dat derhalve de juiste rechtsgrondslag niet kan worden gevonden in (artikel 31 jo. 29 van) het EU-Verdrag. De Commissie beroept zich voorts op een ontwikkeling in gemeenschapswetgeving en rechtspraak die tendeert naar een erkenning van de bevoegdheid van de Gemeenschap op strafrechtelijk terrein, in het bijzonder waar het gaat om de rechtspraak ten aanzien van het beginsel van gemeenschapstrouw. En zij brengt naar voren dat de wetgevingsprocedure niet juist is gevolgd (vgl. nr. 2). De Commissie beperkt haar verzoek overigens tot de bepalingen die betrekking hebben op strafbaarstellingen en sancties. Het ziet niet op de voorschriften met betrekking tot rechtsmacht, uitlevering en rechtsvervolgung, omdat de rechtsgrondslag hiervoor wel kan worden gevonden in het EU-Verdrag.

Het standpunt van de Raad, dat tot op dat moment impliciet was gebleven (zie nr. 3), komt in het gevoerde verweer nu duidelijk naar voren. Dat verweer wordt in hoofdzaak langs twee lijnen opgebouwd.<sup>43</sup> Allereerst wordt naar voren gebracht dat de Gemeenschap niet bevoegd is om de lidstaten te verplichten om strafrechtelijke sancties te verbinden aan de gedragingen zoals deze in het kaderbesluit milieustrafrecht zijn opgenomen. Daarbij wordt erop gewezen dat het EG-Verdrag een dergelijke bevoegdheid niet uitdrukkelijk toekent, terwijl het grote belang van het strafrecht voor de soevereiniteit van de lidstaten in de weg staat aan het indirect aannemen – dat wil zeggen: het inlezen in het EG-Verdrag – van die bevoegdheid. Een bevestiging van dit standpunt vindt de Raad in artikel 135 en 280 lid 4 EG-Verdrag, waarin, in verband met de douanesamenwerking en de bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap, de toepassing van het nationale strafrecht en de nationale rechtsbedeling uitdrukkelijk wordt voorbehouden aan de lidstaten.<sup>44</sup> Tevens vindt de opvatting van de Raad steun, zo wordt gesteld, in het EU-Verdrag, omdat daarin de bevoegdheid wordt verschaft om de bestanddelen van strafbare feiten en de daaraan verbonden straffen vast te stellen. Het zou in de ogen van de Raad vreemd zijn indien

43 Zie nader de opsomming van de argumenten in de uitspraak van het Hof, r.o. 26-35. Het verweer van de Raad is ondersteund door elf lidstaten, te weten: Denemarken, Duitsland, Finland, Frankrijk, Griekenland, Ierland, Nederland, Portugal, Spanje, Verenigd Koninkrijk en Zweden. Van deze lidstaten neemt Nederland een ten dele van het standpunt van de Raad afwijkende positie in (zie r.o. 36-37). Nederland stelt zich, kort gezegd, op het – niet ondubbelzinnige – standpunt dat weliswaar onder strikte voorwaarden de bevoegdheid van de Gemeenschap op strafrechtelijk terrein kan worden erkend, maar dat gelet op de strekking van het bestreden kaderbesluit – gericht op een algemene harmonisatie van strafrechtelijke bepalingen alsmede op een sanctioneringsregeling die niet onlosmakelijk is verbonden met het milieurecht – de rechtsgrondslag niettemin in het EU-Verdrag moet worden gevonden. Vgl. ook de positie die de Nederlandse regering inneemt in *Kamerstukken II* 1991/92, 22 300 VI, nr. 39, p. 11-12, en *Kamerstukken II* 2001/02, 22 112, nr. 207, p. 23-24.

44 De Commissie geeft een andere uitleg aan deze verdragsbepalingen. Zie nr. 10.

de auteurs van het EG-Verdrag impliciet een bevoegdheid van de Gemeenschap op strafrechtelijk terrein zouden hebben willen erkennen, terwijl diezelfde auteurs nadien de betreffende bevoegdheid expliciet in artikel 31 EU-Verdrag hebben opgenomen. De tweede argumentatielijn houdt, kort gezegd, in dat – anders dan de Commissie doet voorkomen – in de wetgevingspraktijk en de rechtspraak van het Hof impliciet noch expliciet de bevoegdheid van de Gemeenschap is aanvaard om de in de lidstaten toepasselijke strafrechtelijke voorschriften te harmoniseren.

7. Overziet men de standpunten van Commissie en Raad, dan kan worden vastgesteld dat de naar voren gebrachte argumenten nauw aansluiten bij gezichtspunten die in de literatuur worden genoemd.<sup>45</sup> Het is dan ook niet zinvol die literatuur uitvoerig te bespreken of samen te vatten.<sup>46</sup> Wat wel opvalt, is dat het argumentatiespectrum in de literatuur breder is dan dat van de Raad, waar het gaat om de argumenten *tegen* de bevoegdheid om in een richtlijn strafbepalingen voor te schrijven. Ik wijs op de volgende twee, niet door de Raad genoemde, argumenten. Allereerst kan worden betoogd dat niet alleen de soevereiniteit, maar ook het subsidiariteitsbeginsel van artikel 5 EG-Verdrag aan de erkenning van de genoemde bevoegdheid van de Gemeenschap in de weg staat. De achterliggende gedachtegang houdt dan in

45 Zie onder andere H. Johannes, 'Das Strafrecht im Bereich der Europäischen Gemeinschaften', *Europarecht* 1968, p. 67, 108, H.G. Sevenster, 'Criminal law and EC law', *Common Market Law Review* 1992, p. 33, 52-53, 66-67, 69, K. Tiedemann, 'Europäisches Gemeinschaftsrecht und Strafrecht', *Neue Juristische Wochenschrift* 1993, p. 26, U. Sieber, 'European Unification and European Criminal Law', *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 1994, p. 98-99, 102, E. Roger France, 'The Influence of European Community Law on the Criminal Law of the Member States', *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 1994, p. 354-358, D.E. Comijs, 'Communautair strafrecht?', *NTER* 2001, p. 267-271, G.J.M. Corstens, 'Strafrecht in de eerste pijler?', in: D.C. Buijs e.a. (red.), *Mok-aria* (Mok-bundel), Deventer: Kluwer 2002, p. 25-36, M.I. Veldt-Foglia, '(Nog) geen strafrecht in de Eerste Pijler?', *SEW* 2002, p. 162-169, Corstens & Pradel 2003, p. 500-504, G.J.M. Corstens & M.I. Veldt-Foglia, 'Communautarisering van het straf- en strafprocesrecht', *DD* 2003, p. 120-130, en G.J.M. Corstens, 'Europeanisering van het strafrecht. De invloed van de EU', in: G.J.M. Corstens e.a. (red.), *Europeanisering van het Nederlands recht* (Haak-bundel), Deventer: Kluwer 2004, p. 332-333. Vgl. voorts het compacte overzicht in Kristen 2004, p. 204-205, met talrijke verwijzingen. Zie meer specifiek ten aanzien van het voorstel voor een richtlijn inzake milieubescherming door het strafrecht: Y. Buruma & H. Somsen, 'Een strafwetgever te Brussel inzake milieubescherming?', *NJB* 2001, p. 795-797, Comte 2003, I.M. Koopmans, 'Europa en de handhaving van het milieurecht: een pijler te ver?', *NTER* 2004, p. 127-132, en R. Ortlep & R.J.G.M. Widdershoven, 'Europa en de strafrechtelijke handhaving van milieurecht', in: Ch.W. Backes e.a. (red.), *Lex Dura Sed Lex*, Deventer: Kluwer 2005, p. 159-176.

46 In de literatuur wordt eveneens niet eenduidig geoordeeld over het al dan niet bestaan van een (impliciete) bevoegdheid van de Gemeenschap op strafrechtelijk terrein.

dat de lidstaten elk voor zich het beste in staat zijn om te bepalen op welke wijze de op het gemeenschapsrecht berustende regels kunnen en moeten worden gehandhaafd, langs strafrechtelijke weg dan wel anderszins. De doelstellingen van de Gemeenschap kunnen in dit opzicht beter door de lidstaten zelf dan door de Gemeenschap worden verwezenlijkt.<sup>47</sup> Daarnaast wordt een argument tegen het voorschrijven van strafrechtelijke gedrags- en sanctienormen in richtlijnen gevonden in de zogeheten passerellebepaling van artikel 42 EU-Verdrag. Op grond van deze bepaling kan de Raad besluiten dat optreden op de in artikel 29 EU-Verdrag genoemde gebieden<sup>48</sup> naar de Eerste Pijler wordt verschoven. Dat optreden omvat, aldus artikel 31 EU-Verdrag, ook het geleidelijk aannemen van maatregelen (kaderbesluiten) tot opstelling van minimumvoorschriften met betrekking tot de bestanddelen van strafbare feiten en met betrekking tot straffen. Harmonisatie van strafrecht op basis van richtlijnen is, zo zou kunnen worden betoogd, daardoor eerst mogelijk nadat de Raad toepassing heeft gegeven aan artikel 42 EU-Verdrag.<sup>49</sup>

### De beslissing van het HvJ

8. Het oordeel van het Hof in de procedure over het kaderbesluit milieustrafrecht luidt dat de Gemeenschap, mits aan een aantal randvoorwaarden wordt voldaan, de bevoegdheid heeft om maatregelen te treffen die verband

- 47 Vgl. Comijs 2001, p. 268-269, G.J.M. Corstens, 'Europees strafrecht, een Europees O.M. en het subsidiariteitsprincipe', *JV* 2001, nr. 2, p. 104, en Koopmans 2004, p. 128. Sevenster 1992, p. 65-66, wijst erop dat het subsidiariteitsargument ook kan worden ingezet om juist de noodzaak van (partiële) harmonisatie van het strafrecht te onderstrepen. Alsdan pleit het voor de erkenning van een (impliciete) beperkte bevoegdheid van de Gemeenschap op strafrechtelijk terrein. In deze zin oordeelt kennelijk ook het Hof, zie onder nr. 10.
- 48 Artikel 29 EU-Verdrag benoemt deze gebieden als volgt: '(...) al dan niet georganiseerde criminaliteit, met name terrorisme, mensenhandel en misdrijven tegen kinderen, illegale drugshandel en illegale wapenhandel, corruptie en fraude (...)’.
- 49 In deze zin Corstens 2002, p. 26-27, die in zijn argumentatie overigens ook artikel 61 EG-Verdrag betreft en daarnaast wijst op het belang van de slotzin van artikel 42 EU-Verdrag bij een daadwerkelijke overdracht. Vgl. voorts G.J.M. Corstens, 'Strafrechtspleging na het Verdrag van Amsterdam', *NJB* 1999, p. 806-807. In gelijke zin ook Veldt-Foglia 2002, p. 165. Het betoog van Corstens roept naar mijn mening de vraag op of het beroep op de passerellebepaling niet stuk loopt op de (min of meer) limitatieve opsomming van de gebieden waarop wordt opgetreden, zoals opgesomd in artikel 29 EU-Verdrag, en meer in het bijzonder de beperktere opsomming in artikel 31 lid 1 sub e *in fine* EU-Verdrag. Vgl. over deze opsommingen Corstens 2001, p. 105. Een andere benadering ten aanzien van de passerellebepaling kiest Comte 2003, p. 156, die in artikel 42 EU-Verdrag veeleer een mogelijkheid ziet om de reikwijdte van de (bestaande) bevoegdheid van de Gemeenschap op strafrechtelijk terrein verder uit te breiden.

houden met het strafrecht van de lidstaten.<sup>50</sup> In een richtlijn kunnen dan ook, zo overweegt het Hof, verplichtingen worden opgenomen die ertoe strekken dat bepaalde handelingen strafbaar worden gesteld en worden bedreigd met bepaalde strafrechtelijke sancties. Het Hof onderbouwt dit oordeel met een veelomvattende motivering. Die motivering, die in het navolgende wordt besproken en geanalyseerd, is als volgt opgebouwd. Er worden allereerst twee (samenhangende) uitgangspunten vooropgesteld. Op basis hiervan gaat het Hof in op de zogeheten keuze van de rechtsgrondslag en de daaraan verbonden criteria. Pas bij de toepassing van deze criteria op het bestreden kaderbesluit milieustrafrecht komt de eigenlijke kwestie – de bevoegdheid van de Gemeenschap op strafrechtelijk terrein – aan de orde.

9. Het eerste uitgangspunt ontleent het Hof aan artikel 47 EU-Verdrag: bepalingen van het EU-Verdrag kunnen geen afbreuk doen aan die van het EG-Verdrag. Handelingen van de Raad binnen de Derde Pijler mogen dan ook geen inbreuk maken op bevoegdheden van de Gemeenschap in de Eerste Pijler.<sup>51</sup> Om die reden is het van belang de positie van de bescherming van het milieu binnen de Eerste Pijler te duiden. Het Hof overweegt – en dat kan als tweede uitgangspunt worden beschouwd – dat de bescherming van het milieu behoort tot de wezenlijke doelstellingen van de Gemeenschap.<sup>52</sup> De twee uitgangspunten tezamen leiden tot de kernvraag: omvatten de bevoegdheden die zijn verbonden aan de doelstelling van de Gemeenschap om het milieu te beschermen, ook de bevoegdheid ten aanzien van strafrechtelijk optreden, zodat gezegd moet worden dat de totstandkoming van het kaderbesluit milieustrafrecht de bevoegdheden van de Gemeenschap doorkruist?

Voor de beantwoording van deze vraag wijst het Hof op de eigen vaste rechtspraak dat ‘(...) de keuze van de rechtsgrondslag van een gemeenschapshandeling moet berusten op objectieve gegevens, die voor rechterlijke toetsing vatbaar zijn. Tot die gegevens behoren met name het doel en de inhoud van de handeling (...).’<sup>53</sup> Op zichzelf is dit een voor de hand liggende benadering van het probleem. Of al dan niet voor een bepaald rechts-

50 Het Hof hanteert deze formulering en geeft de uitspraak daarmee in potentie een breder bereik dan het treffen van maatregelen door middel van *richtlijnen*. Of de overwegingen van het Hof ook (zonder meer) van toepassing zijn ten aanzien van *verordeningen*, is niet duidelijk. Ik laat deze kwestie hier verder onbesproken. Wel zal ik in navolging van het Hof spreken van maatregelen die verband houden met het strafrecht van de lidstaten, maar daarbij heb ik alleen het oog op richtlijnen.

51 Zie ook HvJ EG 12 mei 1998, C-170/96, *Jur.* 1998, p. I-2763, r.o. 16 (Commissie/Raad).

52 Zie nader r.o. 41-44.

53 R.o. 45, met verwijzing naar eerdere rechtspraak. Zie uitvoerig Van Ooik 1999.



instrument wordt gekozen, kan bezwaarlijk afhankelijk worden gesteld van de opvatting van één van de Europese instellingen.<sup>54</sup>

Ten aanzien van de doelstelling van het kaderbesluit milieustrafrecht constateert het Hof dat het gaat om de bescherming van het milieu, juist één van de wezenlijke doelstellingen van de Gemeenschap. Voor wat betreft de inhoud geldt hetzelfde. De meeste bepalingen van het kaderbesluit ‘(...) leiden stellig tot een gedeeltelijke harmonisatie van de strafrechtelijke bepalingen van de lidstaten, in het bijzonder wat de bestanddelen van de strafrechtelijke bepalingen van de lidstaten *op milieugebied* betreft.’<sup>55</sup> Doelstelling en inhoud van het kaderbesluit vallen feitelijk samen met de wezenlijke doelstelling van de Gemeenschap om het milieu te beschermen.

Op deze vaststelling laat het Hof de gebruikelijke overweging volgen dat het strafrecht en het strafprocesrecht in beginsel niet tot de bevoegdheid van de Gemeenschap behoren.<sup>56</sup> Vervolgens geeft het Hof aan, en dat vormt de essentie van de uitspraak, onder welke voorwaarden van dit beginsel kan worden afgeweken en maatregelen kunnen worden getroffen die verband houden met het strafrecht van de lidstaten. Vereist is allereerst dat ‘(...) het gebruik van doeltreffende, evenredige en afschrikkende straffen door de bevoegde nationale instanties een *onontbeerlijke* maatregel is in de strijd tegen ernstige aantastingen van het milieu (...)’. Daarnaast moet de gemeenschapswetgever de betreffende maatregelen ‘(...) *noodzakelijk* [achten] om de *volledige* doeltreffendheid van de door hem inzake milieubescherming vastgestelde normen te verzekeren.’<sup>57</sup> Hoewel het Hof twee voorwaarden lijkt te stellen, gaat het eigenlijk om één voorwaarde. Immers, maatregelen die verband houden met het strafrecht van de lidstaten, kunnen eerst onontbeerlijk worden geacht op het moment dat alleen met die maatregelen de volledige doeltreffendheid van de wezenlijke gemeenschapsdoelstelling kan worden verzekerd.

Wellicht zou men nu verwachten dat het Hof nog toetst of het treffen van maatregelen die verband houden met het strafrecht van de lidstaten, ook daadwerkelijk onontbeerlijk is. Immers, de keuze voor de rechtsgrondslag van de getroffen maatregelen moet berusten op objectieve gegevens, die voor *rechterlijke toetsing* vatbaar zijn. Het Hof geeft in de formulering van de

54 Het Hof breidt de reikwijdte van het leerstuk van de keuze van de rechtsgrondslag in zekere zin uit, doordat het voor *gemeenschapshandelingen* ontwikkelde criterium nu ook wordt toegepast in relatie tot een Derde Pijler-rechtsinstrument. Een toelichting van het Hof op die uitbreiding ontbreekt. Wellicht ontleent het Hof de rechtvaardiging voor de uitbreiding aan artikel 47 EU-Verdrag, in die zin dat door het leerstuk van de keuze van de rechtsgrondslag toe te passen in relatie tot Derde Pijler-rechtsinstrumenten onderzocht kan worden gekomen of het aannemen door de Raad van een Derde Pijler-rechtsinstrument een inbreuk maakt op de bevoegdheden van de Gemeenschap in de Eerste Pijler.

55 R.o. 47 (cursivering toegevoegd).

56 Zie ook de bronnen genoemd in noot 28.

57 Citaten ontleend aan r.o. 48 (cursiveringen toegevoegd).

tweede voorwaarde subtiel aan dat dit oordeel aan de gemeenschapswetgever toekomt.<sup>58</sup> Een verdere uitwerking geeft het Hof daar niet aan, behalve dan dat nog fijntjes wordt opgemerkt dat de Raad niet betwist dat de verplichtingen tot strafbaarstelling in het kaderbesluit nauw aansluiten bij in de Eerste Pijler tot stand gekomen milieunormen en dat in de preambule van het kaderbesluit tot uitdrukking wordt gebracht dat het toepassen van strafrechtelijke sancties onontbeerlijk is.<sup>59</sup> Voor wat betreft de standpunten over de onontbeerlijkheid van de inzet van het strafrecht lijken de onderdelen waaruit de gemeenschapswetgever bestaat – de Commissie, het Parlement en de Raad – dus op één lijn te zitten. Voor een nadere (marginale) toetsing door het Hof van die standpunten bestaat kennelijk geen aanleiding. De verwijzing van het Hof naar het oordeel van de gemeenschapswetgever zou naar mijn mening ook nog in een iets ander perspectief kunnen worden plaatsen. Op de keper beschouwd, heeft de gemeenschapswetgever als geheel zich nog niet definitief uitgesproken over het voorstel voor een richtlijn inzake milieubescherming door het strafrecht. De Raad heeft dat voorstel immers niet in behandeling genomen (zie nr. 2). Om die reden kan het Hof in deze zaak volstaan met de constatering dat de voorschriften die in het kaderbesluit milieustrafrecht zijn opgenomen met betrekking tot strafbaarstellingen en sancties, hadden *kunnen* worden vastgesteld op grond van (artikel 175 van) het EG-Verdrag.<sup>60</sup> Totdat het wetgevingsproces geheel is afgerond, ziet het Hof wellicht in ieder geval geen aanleiding om – bij gebreke van een richtlijn – de onontbeerlijkheid van het treffen van strafrechtelijke maatregelen nader te toetsen.

De argumentatie van het Hof raakt, als gezegd, uitdrukkelijk niet de bepalingen van het kaderbesluit milieustrafrecht die betrekking hebben op

58 Of, zoals D.J. Drijber, 'EG kan lidstaten verplichten strafrechtelijke sanctieering te voorzien', *Ondernemingsrecht* 2005, p. 567, het uitdrukt: 'Juridische bevoegdheid volgt politieke wil, zo lijkt het.'

59 Aldus de lezing van het kaderbesluit door het Hof in r.o. 50. Daaraan voorafgaand stelt het Hof in een lastig te begrijpen r.o. 49 vast dat het kaderbesluit 'de keuze van de toepasselijke strafrechtelijke sancties' aan de lidstaten laat. Het Hof hanteert dit als een argument dat nader bijdraagt aan het oordeel dat ten aanzien van de bescherming van het milieu de Gemeenschap bevoegd is op strafrechtelijk terrein. Wat nu echter het specifieke pijnpunt of aandachtspunt is dat wordt verbonden aan een zekere keuzevrijheid ten aanzien van de toepasselijke strafrechtelijke sancties, is mij niet duidelijk. Overtuigender is hetgeen het Hof, naar aanleiding van één van de stellingen van de Commissie, in r.o. 54 naar voren brengt. Dan gaat het echter om de keuzevrijheid die het kaderbesluit laat, tussen strafrechtelijke en andere (niet-strafrechtelijke) sancties. Het voorschrijven van die laatste categorie sancties behoort 'ontegensprekelijk' tot de bevoegdheid van de Gemeenschap, aldus het Hof.

60 'Kunnen', niet 'moeten'. Het staat de Raad immers vrij, rekening houdende met de procedurele vereisten van artikel 251 EG, om niet in te stemmen met de voorgestelde richtlijn. Voor alle duidelijkheid: in dat geval lijkt het opnemen van dezelfde voorschriften in een kaderbesluit niet alsnog mogelijk.

rechtsmacht, uitlevering en (coördinatie van) vervolging.<sup>61</sup> Het Hof oordeelt echter het gehele kaderbesluit ‘wegens zijn ondeelbare karakter’ in strijd met artikel 47 EU-Verdrag en verklaart het kaderbesluit nietig.<sup>62</sup> De achterliggende gedachte zal ongetwijfeld zijn dat de genoemde bepalingen geen betekenis hebben zonder de daaraan verbonden bepalingen ten aanzien strafbaarstelling en sanctiebedreiging.

### Enkele vraagpunten

10. De motivering van het Hof laat een strakke opbouw zien, waarbij in één rechte lijn naar het antwoord op de opgeworpen rechtsvraag toe wordt geargumenteed. Bij een zo omstreden kwestie als de bevoegdheid van de Gemeenschap op strafrechtelijke terrein zou men wellicht eerder een genuanceerdere beschouwing verwachten, met ruime aandacht voor de tegenargumenten en met oog voor de (mogelijke) consequenties van de beslissing. Daar is echter niet voor gekozen. Daardoor blijft een aantal vraagpunten in de lucht hangen. Ik stip er vier aan.

Allereerst kan de vraag worden opgeworpen welke betekenis de beslissing van het Hof heeft voor de soevereiniteit van de lidstaten en het mede daaraan verbonden subsidiariteitsbeginsel. Het antwoord op die vraag is betrekkelijk eenvoudig. Het subsidiariteitsargument wordt door het Hof in die zin gerespecteerd dat de bevoegdheid van de Gemeenschap op strafrechtelijk terrein wordt verbonden aan het vereiste dat alleen met strafrechtelijke maatregelen de volledige doeltreffendheid van de wezenlijke gemeenschapsdoelstelling kan worden verzekerd. Impliciet geeft het Hof daarmee aan niet de opvatting te aanvaarden dat *te allen tijde* de lidstaten, elk voor zichzelf, bij uitstek in staat zijn om de meest adequate handhavingsmethode te kiezen. De onvermijdelijke consequentie daarvan is dat de soevereiniteit van de lidstaten op strafrechtelijk terrein wordt beperkt. *Gegeven* de opvatting dat de Gemeenschap een bevoegdheid op strafrechtelijke terrein heeft, ligt die consequentie ook voor de hand. Aan het bestaan van de communautaire rechtsorde is inherent dat de autonomie van de lidstaten niet onbeperkt is.<sup>63</sup>

61 Vgl. r.o. 51, waarin alleen artikel 1-7 van het kaderbesluit wordt genoemd, terwijl de in de hoofdtekst genoemde onderwerpen in artikel 8 en 9 aan bod komen.

62 De bevoegdheid om het kaderbesluit nietig te verklaren moet het Hof hebben ingelezen in artikel 35 EU-Verdrag, want anders dan artikel 231 EG-Verdrag bepaalt het EU-Verdrag niets over het rechtsgevolg dat wordt of kan worden verbonden aan de vaststelling van de onwettigheid van een kaderbesluit. Ook wordt artikel 231 EG-Verdrag niet van overeenkomstige toepassing verklaard in artikel 41 lid 1 EU-Verdrag.

63 Aldus ook A-G Ruiz-Jabaro Colomer in zijn conclusie voor de uitspraak van het Hof, onder 76. De A-G betoogt vervolgens, onder 77, dat geen afbreuk wordt gedaan aan de democratische legitimatie van de door een richtlijn voorgeschreven strafbaarstellingen, en aan het legaliteitsbeginsel, op grond waarvan strafbaarstellingen in een nationale wet moeten worden opgenomen. Die stellingname is in zoverre betwistbaar dat op de lidstaten de verplichting rust op de betreffende

→

Een veel praktischer vraag is wat eigenlijk de reikwijdte is van de bevoegdheid van de Gemeenschap op strafrechtelijk terrein. Het Hof spreekt van maatregelen ‘die verband houden met het strafrecht van de lidstaten’. Het gaat hier om een heel ruime formulering, waaronder in beginsel alle onderdelen van het strafrecht (met inbegrip van het procesrecht?) kunnen worden begrepen. Zo ver lijkt het Hof niet te willen gaan. Hierboven is al geconstateerd dat het Hof – evenals overigens de Commissie – op zich niet de onwetigheid uitspreekt van de bepalingen uit het kaderbesluit die betrekking hebben op rechtsmacht, uitlevering en (coördinatie van) vervolging. Waar het Hof over struikelt, zijn de bepalingen waarin minimumvoorschriften met betrekking tot de bestanddelen van strafbare feiten<sup>64</sup> en met betrekking tot straffen, waaronder ook de strafsoort, worden vastgesteld. Impliciet lijkt het Hof daarmee de bevoegdheid van de Gemeenschap om in een richtlijn voorschriften van strafrechtelijke aard op te nemen, wat reikwijdte betreft, gelijk te schakelen aan het treffen van maatregelen zoals genoemd in artikel 31 lid 1 sub e EU-Verdrag.<sup>65</sup> Voor zover op het terrein van (één van) de wezenlijke doelstellingen van de Gemeenschap<sup>66</sup> het treffen van strafrechtelijke maatregelen onontbeerlijk moet worden geacht, en de behoefte bestaat om naast bepalingen met betrekking tot delictsomschrijvingen en sancties, ook andere strafrechtelijke onderwerpen te regelen, dan zal gebruik moeten worden gemaakt van een combinatie van richtlijn en kaderbesluit.<sup>67</sup>

Het derde vraagpunt betreft een kwestie waar het Hof zowel iets als niets over zegt, te weten de betekenis van artikel 135 en 280 lid 4 EG-Verdrag. De verwijzing van de Raad naar deze bepalingen ter onderbouwing

richtlijn in de nationale wetgeving te implementeren. Van een volstrekt vrije keuze van de nationale wetgever is, strikt genomen, geen sprake. Het lijkt mij zuiverder om te stellen dat er wel een zekere afbreuk wordt gedaan aan de democratische legitimatie en het legaliteitsbeginsel, maar dat de rechtvaardiging daarvoor ligt in de voorafgaande toetreding tot de Gemeenschap. Een belangrijk discussiepunt is dan nog wel of bij het opstellen van (de verschillende versies van) het EG-Verdrag aan het strafrecht is gedacht. Zie hierna nr. 11.

64 Daaronder begrepen ook de voorschriften met betrekking tot deelneming, uitlokking en aansprakelijkheid van rechtspersonen (vgl. artikel 4, 6 en 7 kaderbesluit milieustrafrecht).

65 A-G Ruiz-Jabaro Colomer komt in zijn conclusie, onder 84-87 en 92-95, tot een iets minder ruime stellingname dan het Hof. Hij is van mening dat de Gemeenschap de aard van de sanctie mag voorschrijven en dus kan bepalen dat gedragingen worden bedreigd met strafrechtelijke sancties (ook waar het gaat om gedragingen van rechtspersonen), maar dat de keuze van de sanctiesoort aan de lidstaten is (en eventueel in de Derde Pijler nader zou kunnen worden bepaald).

66 Vgl. artikel 2 en 3 EG-Verdrag.

67 De hier besproken afbakening tussen richtlijn en kaderbesluit komt overigens tot uitdrukking in het gecombineerde voorstel van de Commissie voor een richtlijn inzake strafrechtelijke maatregelen om de handhaving van intellectuele eigendomsrechten te waarborgen, en een kaderbesluit tot versterking van het strafrechtelijk kader om schendingen van de intellectuele eigendom te bestrijden, COM(2005)276.

van zijn verweer weerlegt het Hof met de overwegingen dat deze bepalingen niet afdoen aan de conclusie van het Hof en dat – kort gezegd – deze bepalingen geen betrekking hebben op maatregelen in het kader van het milieubeleid. De eerste tegenwerping van het Hof bevat geen argument maar alleen een constatering. De tweede tegenwerping is formeel juist, maar tegelijkertijd onbevredigend. Want waarom sluit het EG-Verdrag op twee plaatsen ‘de toepassing van het nationale strafrecht of de nationale rechtsbedeling’ expliciet uit van de op grond van het EG-Verdrag te treffen maatregelen? Uit de uitspraak van het Hof valt niet meer af te leiden dan dat men zich pas over deze vraag hoeft te bekreunen, wanneer men van doen heeft met maatregelen die betrekking hebben op de douanesamenwerking of de bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap. Het Hof laat daarmee een kans liggen om proactief een volgende competentiestrijd tussen Commissie en Raad te beslechten. De Commissie legt artikel 280 lid 4 EG-Verdrag aldus uit dat geen maatregelen mogen worden getroffen ten aanzien van het strafprocesrecht en de justitiële samenwerking.<sup>68</sup> Die uitleg betreft echter geen *communis opinio*,<sup>69</sup> en de Raad heeft vooralsnog niet het standpunt van de Commissie onderschreven.<sup>70</sup>

Tot slot rijst nog de vraag wat de gevolgen zijn van de nietigverklaring van het kaderbesluit milieustrafrecht voor mogelijk reeds tot stand gebrachte implementatiewetgeving. Naar het mij voorkomt, zou het Hof op deze vraag maar één antwoord hebben kunnen geven. Namelijk dat die gevolgen niet door het Europese recht – in het bijzonder artikel 35 EU-Verdrag – worden bepaald, en dat de gevolgen dus binnen de nationale rechtsorde moeten worden vastgesteld. Elke lidstaat dient voor zich te bepalen of het de implementatiewetgeving al dan niet in stand laat.<sup>71</sup> Ten aanzien van het kaderbesluit milieustrafrecht was in Nederland op het moment dat het Hof uitspraak deed, het implementatietraject nog niet afgerond.<sup>72</sup> De minister heeft inmiddels de Tweede Kamer verzocht de behandeling van het betreffende wetsvoorstel te schorsen. Daarbij kondigt hij aan de door de Com-

68 Zie het ontwerp van de richtlijn strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap, COM(2001)272, p. 7. A-G Ruiz-Jabaro Colomer maakt in zijn conclusie, onder 78, een ander onderscheid. De betreffende bepalingen ‘(...) allude not to the power to create rules, but to the power to apply them (...)’.

69 Illustratief zijn de *expert opinions* over de betekenis van artikel 280 lid 4 EG-Verdrag in M. Delmas-Marty & J.A.E. Vervaele (red.), *The implementation of the Corpus Juris in the Member States*, Antwerpen/Groningen: Intersentia 2000, p. 369-394. Vgl. voorts S. White, *Protection of the Financial Interests of the European Communities: The Fight against Fraud and Corruption*, Den Haag: Kluwer Law International 1998, p. 189-190, Comijs 2001, p. 271, Corstens 2002, p. 33-35, en Veldt-Foglia 2002, p. 165-166.

70 Vgl. raadsdocumenten 6271/03 en 10596/03.

71 In deze zin ook Vandamme 2005, p. 153-154. Vgl. voorts Rb. Amsterdam 19 augustus 2005, *LJN* AU1318.

72 Zie wetsvoorstel 30 037.

missie te ondernemen stappen en de besluitvorming daarover, af te wachten. De minister houdt er wellicht rekening mee dat de Commissie er bij de Raad op zal aandringen het voorstel voor een richtlijn inzake milieubescherming door het strafrecht in behandeling te nemen. Gelet op het feit dat dit voorstel en het nietig verklaarde kaderbesluit voor wat betreft de inhoud niet veel verschillen (vgl. nr. 2), zou – na aanvaarding van de richtlijn – het wetsvoorstel (al dan niet met enkele wijzigingen) kunnen dienen ter implementatie van de richtlijn.

### Waardering

11. Tot slot: hoe laat de uitspraak van het Hof zich waarderen? Vanzelfsprekend kan men allerlei kanttekeningen plaatsen bij de argumenten die het Hof naar voren brengt. Het overzicht in nr. 2-7 laat zien dat de bevoegdheid van de Gemeenschap op strafrechtelijk terrein een omstreden kwestie is, waarover uiteenlopende standpunten zijn geformuleerd. Het heeft geen nut dat debat naar aanleiding van de beslissing van het Hof nog eens over te doen. Want dat de knoop nu is doorgesneden, lijkt op zich een goede zaak.<sup>73</sup> Het resultaat is een beslissing die wellicht ook geen grote weerstand hoeft op te roepen. Zo wordt naar voren gebracht dat het nationale strafrecht, in elk geval op enkele deelterreinen, al duidelijk sporen draagt van Eerste Pijler-regelgeving.<sup>74</sup> Bovendien moet men voor ogen houden dat het in de hier besproken zaak in de kern om een competentiestrijd – lees: machtsstrijd – tussen Commissie en Raad gaat. De inhoud van de regels van het kaderbesluit respectievelijk de voorgestelde richtlijn zijn niet in het geding. Maar daarmee is niet alles gezegd. De uitspraak van het Hof heeft tot gevolg dat, gelet op het brede werkterrein van de Gemeenschap (vgl. artikel 2 en 3 EG-Verdrag), een stroom van nieuwe voorstellen op strafrechtelijk terrein valt te verwachten. De Commissie heeft dat *mission statement* al kenbaar gemaakt.<sup>75</sup> Ongetwijfeld komen daarbij allerlei nieuwe discussiepunten – vooral met betrekking tot de reikwijdte van de bevoegdheid van de Gemeen-

73 Vgl. J.A.E. Vervaele, 'Europeanisering van het strafrecht of de strafrechtelijke dimensie van de Europese integratie', *Panopticon* 2004, p. 10, die naar aanleiding van de toen nog lopende procedure bij het Hof verzucht: 'Hopelijk levert dat [het beroep van de Commissie; MJB] een lang verwachte principe-uitspraak op over de bevoegdheidsverdeling inzake strafrechtelijke harmonisatie en kan een einde worden gemaakt aan de institutionele veldslagen tussen E.G. en E.U.'

74 Dat geldt vooral voor de bijzondere strafwetgeving. Vgl. onder andere White 1999, p. 171, en Vervaele 2004, p. 10. Zie ook het (niet meer zo recente) overzicht in R.M.A. Guldenmund, *Strafrechtelijke handhaving van gemeenschapsrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1992.

75 Vgl. de standpuntbepaling van de Commissie naar aanleiding van de uitspraak van het Hof, 24 november 2005, COM(2005)583. De Commissie stelt onder andere dat uit de uitspraak volgt dat de rechtsgrondslag van zeven kaderbesluiten onjuist is en moet worden gewijzigd.

schap op strafrechtelijk terrein<sup>76</sup> – naar boven drijven. Ook al heeft de Raad het laatste woord over de voorstellen, duidelijk is dat de greep op het strafrecht van de lidstaten vanuit de Eerste Pijler aanzienlijk wordt verstevigd. Een vraag die dan rijst en die de beslissing en motivering van het Hof overstijgt, is of juist het Hof deze ontwikkeling had moeten inluiden. Het gaat immers in essentie veeleer om een politieke kwestie, dan om een juridische vraagstelling.<sup>77</sup> Bij de totstandkoming van (de verschillende versies van) het EG-Verdrag is de vraag naar de bevoegdheid van de Gemeenschap op strafrechtelijke terrein nooit in volle omvang onder ogen gezien. Aan het strafrecht is wel expliciet gedacht bij de ontwikkeling van de Derde Pijler, zonder dat daarbij de verhouding tot de Eerste Pijler klip en klaar is afgebakend. Hoe aanlokkelijk het dan wellicht is om creatief aan de slag te gaan met vaag of multi-interpretabel geformuleerde verdragsbepalingen en theorieën over impliciete bevoegdheden,<sup>78</sup> het verdient naar mijn mening stellig de voorkeur dat de verdragspartijen (alsnog) duidelijkheid verschaffen.<sup>79</sup> Het gaat, om het in de gebruikelijke Nederlandse terminologie te zeggen, de rechtsvormende taak van de rechter te buiten.

De duidelijkheid die wordt verlangd, ligt overigens al besloten in de Grondwet voor Europa. Daarin komt niet alleen de complexe pijlerstructuur te vervallen, ook regelt artikel III-271 tamelijk helder wanneer er (bij Europese kaderwet) onderlinge aanpassing van het strafrecht kan worden voorgeschreven.<sup>80</sup> De Grondwet is echter nog niet van kracht en het valt niet met

76 Vgl. Ortlep & Widdershoven 2005, p. 173-175, over de mogelijke invloed van een richtlijn op de toepassing van het opportuniteitsbeginsel. Het Hof geeft overigens niet aan dat regels met betrekking tot strafrechtelijke vervolging onder de bevoegdheid van de Gemeenschap kunnen vallen, al wordt dat ook niet expliciet uitgesloten (vgl. nr. 9).

77 Zo ook Comijs 2001, p. 269.

78 Het Hof staat wat dat betreft bekend als een activistische rechter die de Europese integratie een warm hart toedraagt. Vgl. ook Drijber 2005, p. 567. Ook de recente uitspraak in de zaak-*Pupino* (zie nr. 1) getuigt daarvan, omdat de verdragsbasis voor de daarin gegeven beslissing uiterst smal is. Zie nader Kristen & Simmelink 2005, p. 1068-1069.

79 Vgl. in deze zin ook Veldt-Foglia 2002, p. 166, 168. Roger France 1994, p. 357-358, legt de keuze eveneens op het politieke niveau, al meent hij dat de juridische basis reeds toereikend is. Ook de eerste reacties op de uitspraak van het Hof zijn niet enthousiast, zo niet afkeurend. Zie Drijber 2005, p. 568, en Y. Buruma, 'De heilige huisjes van G.J.M. Corstens', *NJB* 2005, p. 2186.

80 Harmonisatie van het milieustrafrecht is mogelijk op grond van artikel III-271 lid 2, voor zover reeds op grond van artikel III-234 harmonisatiemaatregelen ten aanzien van het milieu zijn getroffen. Als randvoorwaarde geldt daarbij dat de harmonisatie van het strafrecht op dit terrein (...) nodig blijkt voor een doeltreffende uitvoering van het beleid van de Unie (...). Zie meer in het algemeen over de (harmonisatie)bevoegdheden op strafrechtelijk terrein in de Grondwet: Th. Weigend, 'Der Entwurf einer Europäischen Verfassung und das Strafrecht', *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 2004, p. 282-291, R. Barents, 'Een grondwet voor Europa (VIII): de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht', *NTER* 2005, p. 107-113, en M. Kaiafa-Gbandi, 'The Treaty Establishing a Constitution

→

zekerheid te zeggen welke weg de Grondwet nog heeft te gaan. Maar indien en zodra de regeling van artikel III-271 op de één of andere wijze van kracht wordt – doordat de Grondwet alsnog tot stand kan worden gebracht of doordat delen van de Grondwet in een andere vorm worden aangenomen – hebben de verdragspartijen de duidelijkheid verschaft die wordt verlangd. Kennelijk heeft het Hof dat moment niet willen afwachten.

for Europe and Challenges for Criminal Law at the Commencement of 21st Century', *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2005, p. 493-507.